

La aplicación del artículo 1320 CC como orden público en el ordenamiento español. A propósito de la resolución de 31 de enero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

The application of article 1320 CC as public policy in spanish law. Regarding the resolution of 31 january 2022, of the Directorate General For Legal Certainty and Public Faith

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido:25.11.2022 / Aceptado:17.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7582

Resumen: En la RDGSJyFP, de 31 de enero de 2022, se analiza si la venta de un inmueble, realizada por los tres copropietarios del mismo, necesita el consentimiento del cónyuge de uno de ellos por tratarse de la vivienda habitual de la pareja. La exigencia del consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda habitual puede venir impuesta por la ley rectora del régimen económico matrimonial o puede tener que aplicarse por formar parte del orden público del foro. En nuestro caso, el ordenamiento regulador de las relaciones patrimoniales de los cónyuges es el británico, en virtud de la primera conexión del artículo 9.2 CC, y, según el mismo, existe total libertad a la hora de que el cónyuge disponga de los bienes que son privativos de él. Por esta razón se plantea si puede exigirse el consentimiento del cónyuge no titular por la aplicación del artículo 1320 CC, como norma de orden público del ordenamiento español. Finalmente, se considera que el inmueble no constituye la vivienda habitual de la pareja y, por ello, no es necesario el consentimiento del cónyuge para que la venta del bien sea válida e inscribible.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, orden público internacional, vivienda habitual, artículo 1320 CC.

Abstract: The RDGSJyFP of 31 January 2022 analyses whether the sale of a property, carried out by the three co-owners of the property, requires the consent of the spouse of one of them because it is the couple's habitual residence. The requirement of the consent of the spouse who is not the owner of the habitual residence may be imposed by the law governing the matrimonial property regime or it may have to be applied as part of the public policy of the forum. In our case, the law governing the property relations of the spouses is the British law, by virtue of the first connection of Article 9(2) CC, and, according to it, there is complete freedom for the spouse to dispose of his or her personal property. For this reason, the question arises as to whether the consent of the non-owner spouse can be required by application of Article 1320 CC, as a public policy rule of Spanish law. Finally, it is considered that the property does not constitute the habitual residence of the couple and, therefore, the consent of the spouse is not necessary for the sale of the property to be valid and registrable.

Keywords: matrimonial property regime, public policy, habitual residence, article 1320 CC.

Sumario: I. Hechos del caso; II. Ley aplicable al régimen económico matrimonial; III. Consentimiento del cónyuge no titular a la venta de la vivienda habitual, como cuestión de orden público internacional español; IV. Conclusiones.

I. Hechos del caso

1. La RDGSJyFP de 31 de enero de 2022, objeto de comentario, analiza la necesidad o no de consentimiento del cónyuge del vendedor de un inmueble, como requisito para proceder a inscribir la escritura de compraventa del bien sito en Palma de Mallorca y considerando que el inmueble fuera la vivienda habitual de la pareja¹.

En el caso, tres ciudadanos compran un inmueble, un hombre y dos mujeres, los tres son británicos, él está divorciado en ese momento de adquisición y ellas son solteras. Los tres, posteriormente, lo venden a un tercero. El notario que recoge en escritura pública esta última compraventa no encuentra motivos para no considerar válida la operación y, con ello, para que se inscriba en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, la registradora suspende la inscripción hasta que se conozca si la cónyuge de uno de los vendedores debía haber autorizado que su pareja vendiera el inmueble. Todo ello, porque según la ley rectora del régimen económico matrimonial puede ser posible que exista esta exigencia de consentimiento del cónyuge en relación con la vivienda habitual y que no se haya cumplido en el caso en cuestión. También, porque esta condición para disponer de la vivienda habitual forma parte del orden público español y podría alegarse frente a la aplicación de un Derecho extranjero que no la respetase.

En el supuesto, el vendedor en cuestión es británico -y su cónyuge también- y la ley rectora del régimen económico del matrimonio es la británica (art. 9.2 CC). Y, en Derecho español, tanto el de origen europeo -que en el caso no se aplica- como el de origen interno, se considera de orden público la disposición de la vivienda habitual por parte de uno de los cónyuges. Así, el Considerando 53 del Reglamento 2016/1103, dispone que “*Consideraciones de interés público, como la protección de la organización política, social o económica de un Estado miembro, deben justificar que se confiera a los órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros la posibilidad, en casos excepcionales, de hacer excepciones basadas en leyes de policía. Por consiguiente, el concepto de «leyes de policía» debe abarcar las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección de la vivienda familiar. No obstante, esta excepción de la ley aplicable al régimen económico matrimonial habrá de interpretarse en sentido estricto, para que pueda seguir siendo compatible con el objetivo general del presente Reglamento*”². Por su parte, el artículo 1320 del Código Civil establece que “*Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*”³.

2. Con los hechos enunciados anteriormente, las cuestiones que trata de dilucidar el Centro Directivo son dos. La primera de ellas es si el inmueble objeto de la compraventa es la vivienda habitual de uno de los vendedores. Dependiendo de la respuesta que se ofrezca a esta pregunta, se formulará una segunda, cual es, si, por ser la vivienda habitual de uno de los vendedores, se necesita el consentimiento de su cónyuge para disponer de ella. En este último interrogante, ese consentimiento de la pareja puede venir determinado en el Derecho rector del régimen económico matrimonial o puede venir impuesto por el Derecho del foro por que se trate de una cuestión de orden público.

¹ RDGSJyFP de 31 enero 2022, BOE núm. 41 de 17 febrero 2022.

² Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, DOUE L183, de 8 julio 2016.

³ Preceptos similares existen en el ordenamiento francés -art. 215 del Código civil francés- o en el alemán -art. 1361.b del BGB alemán-. *Vid.*, en este sentido, A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n° 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruselas, 2021, p. 1029.

3. En este comentario vamos a centrarnos, fundamentalmente, en determinar el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial y en estudiar el orden público internacional español en este caso.

II. Ley aplicable al régimen económico matrimonial

4. El ordenamiento regulador de las relaciones patrimoniales de los cónyuges es el que debe determinar si se necesita el consentimiento de la pareja para disponer de la vivienda familiar.

El notario recurrente pone de manifiesto que en este asunto debemos diferenciar entre esta ley y el Derecho que rige la propiedad y la posesión de los bienes (art. 10.1 CC), decantándose por la primera como la rectora de esta cuestión de la exigencia o no de consentimiento del cónyuge (Hecho Tercero). Para ello, el notario alude a la ubicación del artículo 1320 CC en la parte del Código Civil dedicada al régimen económico matrimonial (Título III CC). También, podría alegarse el Reglamento 2016/1103 que, siendo norma reguladora del régimen económico matrimonial, califica la protección de la vivienda familiar como ley de policía, aplicable, por tanto, siempre, con independencia de lo que disponga el ordenamiento rector del régimen económico matrimonial en el caso particular.

5. Teniendo claro que la ley que debe determinar si es necesario el consentimiento del cónyuge para poder vender el inmueble es la reguladora del régimen económico matrimonial, la siguiente cuestión a responder es precisamente esta, cuál es esa ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

En el caso no se incide mucho en ello, tanto el notario, como la registradora, como la DSJyFP, no tienen dudas respecto de que ese ordenamiento es el Derecho británico por aplicación del artículo 9.2 CC.

6. La Resolución no indica la fecha de celebración del matrimonio, lo único que afirma es que, en el momento de la compra del inmueble, el vendedor, ahora casado, se encontraba divorciado. La compra se celebró en el año 2010 y la venta se formalizó el 2 de septiembre de 2021. No sabemos, por tanto, si las nupcias fueron antes o después del 29 de enero de 2019, fecha de aplicabilidad del Reglamento 2016/1103. Debemos entender que el matrimonio se celebró antes de esta fecha porque en la Resolución se menciona que la ley aplicable es la ley británica y se alega el artículo 9.2 CC. Y, efectivamente, ese ordenamiento británico solo puede ser aplicable en virtud de la primera conexión del artículo 9.2 CC, que remite a la ley de la nacionalidad de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio. Si se hubiera aplicado el Reglamento 2016/1103, la conexión hubiera sido la primera residencia habitual después del matrimonio, la cual, con los escasos datos al respecto que aporta la Resolución, podríamos entender que se ubica en España (art. 26.1.a).

No planteamos en este comentario la cuestión relativa a la competencia internacional en relación con el régimen económico matrimonial porque no es elemento de discusión en el caso al no ser el objeto sobre el que debe pronunciarse el notario. Sin embargo, sí es oportuno destacar que, en relación con este sector del Derecho Internacional Privado, el Reglamento europeo no sería aplicable porque esta norma no la van a utilizar los notarios para conocer si son competentes en un determinado supuesto de régimen económico matrimonial. En efecto, el criterio que utiliza el legislador para saber si una autoridad puede ser considerada órgano jurisdiccional en el marco del Reglamento es el desempeño de la función jurisdiccional (art. 3.2). Así es, las autoridades o profesionales que desarrollen una función jurisdiccional en esta materia de regímenes económico matrimoniales, bien de forma directa, o bien por delegación de poderes de un órgano judicial, serán considerados órganos jurisdiccionales a estos efectos y, con ello, aplicarán el Reglamento para saber si tienen competencia en la materia objeto de regulación por el mismo.

El Reglamento se encarga de aportar cuatro elementos para definir el ejercicio de la función jurisdiccional. En el artículo 3.2 se da contenido a esta función con estos cuatro requisitos: 1) imparcialidad de la autoridad; 2) respeto del derecho de las partes a ser oídas en el proceso; 3) resolución dictada por la autoridad, recurrible ante un órgano judicial; 4) resolución dictada por la autoridad, con los mismos efectos que una decisión judicial. Con la definición anterior surge la duda acerca de si los notarios, con competencias en materia de regímenes económico matrimoniales en algunos ordenamientos euro-

peos, se pueden considerar órgano jurisdiccional a efectos del Reglamento. El propio legislador europeo alude a los notarios en este sentido para afirmar que ellos se registrarán por las normas de competencia del Reglamento si se puede considerar, según la ley del Estado donde ejercen, que son órganos jurisdiccionales en el sentido de la norma (Considerando 30).

Teniendo en cuenta los cuatro requisitos mencionados, los notarios en España no ejercen función jurisdiccional⁴. Entre otras razones, porque sus resoluciones no gozan del efecto de cosa juzgada, que sí tienen las resoluciones judiciales⁵. Sin embargo, en el marco del Reglamento 650/2012, el Gobierno español ha comunicado a la Comisión que, en determinadas cuestiones, los notarios son *tribunal* y, según este Reglamento sucesorio europeo, el concepto de *tribunal* es el mismo que el de órgano jurisdiccional del Reglamento de régimen económico matrimonial (https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-es.do?clang=es). No obstante lo anterior, el Gobierno español, en relación con el régimen económico matrimonial, ha informado de que en nuestro país se consideran órganos jurisdiccionales solo a las autoridades judiciales, excluyendo, así, a los notarios (https://e-justice.europa.eu/content_matters_of_matrimonial_property_regimes-559-es-es.do?member). Por lo anterior, el Reglamento no se utilizaría para conocer el notario español competente en un supuesto de relaciones patrimoniales de los cónyuges, y esto es así, no por fecha de aplicabilidad de la norma, sino porque el Reglamento no se aplica a los notarios en este punto.

7. Situados, por tanto, en el marco del artículo 9.2 CC, la ley aplicable al régimen económico matrimonial es la de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de celebración de las nupcias. En la Resolución comentada se menciona que, por aplicación del artículo 9.2 CC y teniendo en cuenta la nacionalidad del vendedor, la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales de pareja es el ordenamiento británico⁶.

La única alusión que realiza el artículo 9.2 CC a la ley personal -ley nacional- se encuentra en la primera conexión del precepto, la que remite a la mencionada ley personal común de los cónyuges. Bien es verdad que, también, en la segunda conexión se admite la autonomía de la voluntad y se permite que los cónyuges puedan elegir, entre otras, la ley personal de cualquiera de ellos para regir su régimen económico matrimonial, sin embargo, en el caso no es controvertido el hecho de que no existe ningún acuerdo de los cónyuges en este sentido. Por todo ello, sabiendo que la esposa del vendedor también es nacional británica, la ley rectora de las relaciones económicas de la pareja es la ley británica por ser la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraer el matrimonio.

⁴ P. PEITEADO MARISCAL, “Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 312.

⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 54; P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Los documentos notariales en los nuevos Reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas”, en M. FONT I MAS (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 211.

⁶ En la Resolución no se indica nada acerca del ordenamiento británico que sería aplicable en el caso. Como sabemos, Reino Unido es un ordenamiento plurilegislativo y si la norma de conflicto española remite a este Estado, se debería concretar cuál de los Derechos coexistentes en Reino Unido sería el aplicable al supuesto. En nuestro caso, al ser la norma de conflicto aplicable el artículo 9.2 CC, el precepto 12.5 CC será el que resuelva este problema de remisión a ordenamientos plurilegislativos estableciendo que la legislación del Estado en cuestión -Reino Unido- será la que determine qué ordenamiento británico es el rector.

Si fuera aplicable el Reglamento 2016/1103, el artículo 33 de la norma ofrece la misma solución a esta cuestión, si bien, a diferencia de lo que indica el artículo 12.5 CC, en el caso de que la legislación del Estado al que remite la norma de conflicto española no diga nada al respecto, el Reglamento aporta reglas subsidiarias de determinación del ordenamiento aplicable.

En el ordenamiento británico sí existen normas de Derecho interregional, por lo tanto, la respuesta habría sido la misma tanto si estamos situados en el marco del artículo 9.2 CC como si hubiéramos estado bajo la cobertura del Reglamento.

Vid., en relación a la remisión a ordenamientos plurilegislativos, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación en el Reglamento sucesorio europeo”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 498-526; *Id.*, “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento Sucesorio Europeo” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 245-290.

8. En ninguno de los ordenamientos que conviven en Reino Unido existe una regulación de régimen económico del matrimonio tal como se conoce en los países del Civil Law. Por esta razón, los operadores jurídicos en España asimilan las reglas británicas de reparto del patrimonio tras la disolución del vínculo nupcial al régimen de separación de bienes español. En este sentido, el inmueble es propiedad privativa del vendedor, ya que, además, lo adquirió cuando estaba divorciado de su primera esposa y aún no estaba casado con la segunda.

Según indica la Resolución, en Derecho británico no existe ninguna limitación legal a la disponibilidad de los bienes privativos por parte del cónyuge propietario de los mismos (Hechos III). Podría haberla de tipo convencional, esto es, por acuerdo de los cónyuges al respecto, a través, entre otras, de la figura del “constructive trust”. Efectivamente, los esposos pueden acordar que el cónyuge no propietario de la vivienda habitual pueda tener que dar su consentimiento a la venta de la misma por parte del cónyuge titular del inmueble, en los casos en los que el primero haya contribuido, directa o indirectamente, a la adquisición de la vivienda por parte del segundo (Hechos II). En relación con esta figura, la DGSJyFP no reflexiona demasiado porque, al igual que el notario, considera que en el caso es un hecho “conjetural” que no se ha probado que exista (FD).

9. Aplicando el Derecho británico, por tanto, no existiría ninguna limitación a la disposición del inmueble por parte del vendedor. Ahora bien, la pregunta inmediata es si la habría por la aplicación del orden público internacional español.

III. Consentimiento del cónyuge no titular a la venta de la vivienda habitual, como cuestión de orden público internacional español

10. Como ya se ha puesto de manifiesto, no es controvertido que en el Derecho británico aplicable no existe ninguna limitación respecto del cónyuge titular en relación con los bienes que son privativos de él. También, la posible interferencia convencional que pudiera haber a esa libre disposición, instrumentalizada a través de un “constructive trust”, se ha desechado por considerarse un hecho “conjetural” que no ha sido probado. Incluso, en relación con esto último, el notario argumenta que es muy improbable que exista esta figura en el caso porque la actual cónyuge del vendedor no era esposa del mismo en el momento de la adquisición del inmueble, momento en el que el sujeto se encontraba divorciado de su primera esposa. Por esta razón, argumenta el notario, difícilmente se va a poder constituir un “constructive trust” entre los ahora cónyuges si la esposa, con toda probabilidad, no habrá contribuido, directa o indirectamente, a la adquisición del inmueble por parte del vendedor por el hecho de que, en ese momento, no estaban casados. Además, la adquisición del bien la realizan tres personas, el vendedor y dos mujeres británicas solteras, por lo que también es altamente improbable que el inmueble pueda ser considerado vivienda habitual del vendedor.

Debemos estar de acuerdo con el notario en que es improbable que el inmueble sea la vivienda habitual de uno de los vendedores al ser tres los copropietarios del mismo. Sin embargo, no sería inverosímil que la actual cónyuge del vendedor hubiera podido contribuir, directa o indirectamente, a la adquisición del inmueble. Así es, el hecho de que en el momento de la adquisición del inmueble el ahora vendedor no se encontrara casado no impediría que su cónyuge actual pudiera ser ya pareja en aquel momento y hubiera podido participar en la compra del inmueble. En todo caso, no se prueba que exista ese hipotético “constructive trust”.

11. En este punto, sabiendo que el Derecho británico aplicable no exige que el cónyuge deba prestar consentimiento a la venta del inmueble privativo de su pareja, incluso aunque fuera la vivienda habitual de los esposos, quedaría analizar si en el ordenamiento español el artículo 1320 CC es un precepto de orden público que deba ser aplicado siempre, independientemente de lo que disponga la ley rectora.

12. La Dirección General afirma que “[...] *el precepto prohíbe el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del inmueble en que los cónyuges*

han fijado el alojamiento familiar. La función normativa se encuentra en la necesidad de asegurar al otro cónyuge y, a través de él, a la familia el espacio propio de convivencia frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella, al que se impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de este bien”⁷.

En relación con el ámbito de aplicación del artículo 1320 CC, el precepto habla “[...] de «disponer de los derechos sobre la vivienda», por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda”⁸.

El artículo 91 RH, citado en la Resolución, especifica que si la ley aplicable exige el consentimiento del cónyuge, la inscripción del acto de disposición sobre el inmueble requerirá una manifestación del disponente en la escritura en relación a que el bien no se trata de la vivienda habitual del matrimonio. Con esto habría sido suficiente, con una simple manifestación del disponente en este sentido (FD Primero de la RDGRN de 10 noviembre 1987, RJ\1987\8733)⁹.

La finalidad del artículo 1320 CC “no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria tengan el no disponente o los componentes de la familia que abandonar una vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente, lo que exige examinar si una cuota pro indiviso del bien dispuesto da derecho a ocuparlo en su totalidad”¹⁰.

13. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede concluir que el artículo 1320 CC es orden público¹¹. A nivel interno, se aplica con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable¹². En la Resolución objeto de comentario no se cuestiona esta afirmación. Y, en la actualidad, con el Reglamento 2016/1103, cualquier duda que pudiera haber al respecto desaparece. Así es, como ya se ha mencionado, la norma europea considera que este aspecto, *la protección de la vivienda familiar*, es una ley de policía que debe ser aplicada siempre, independientemente de que el ordenamiento rector del régimen económico matrimonial la contemple (Considerando 53)¹³. Y la jurisprudencia del TS considera el artículo 1320 como una norma de protección de la vivienda familiar¹⁴. Así lo establece cuando afirma que “*La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión*

⁷ RDGSJyFP de 29 octubre 2020, RJ\2020\5468, FD 3. *Vid.*, también, la Resolución comentada.

⁸ STS de 31 diciembre 1994, RJ\1199\1994, FD Segundo.

⁹ *Vid.*, también, RDGSJyFP de 29 octubre 2020, RJ\2020\5468, FD 4. En esta Resolución se indica que “*es necesario que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia (salvo que se justifique fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia), pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria*”.

¹⁰ RDGSJyFP objeto de comentario; RDGRN de 27 junio 1994, RJ\1994\4921, FD Primero.

¹¹ *Vid.*, en relación con el orden público, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 754-798.

¹² RDGSJyFP de 29 octubre 2020, RJ\2020\5468, FD 4; STS de 31 diciembre 1994, RJ\1199\1994, FD Segundo.

¹³ “*Las Leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento*” (art. 30.2 Reglamento 2016/1103). Las leyes de policía que deberían aplicarse son las del foro, en nuestro caso, el artículo 1320 CC (art. 30.1 Reglamento 2016/1103).

¹⁴ STS de 3 enero 1990, RJ\1990\31, FD Segundo; STS de 31 diciembre 1994, RJ\1199\1994, FD Segundo; STS de 8 octubre 2010, RJ\2010\7445, FD Quinto; STS de 6 marzo 2015, RJ\2015\1104, FD Cuarto.

desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como “declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno -es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte”, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión” (STS de 6 marzo 2015, RJ\2015\1104, FD Cuarto).

Este derecho del cónyuge a que se recabe su consentimiento para los actos de disposición de la vivienda habitual es oponible frente a terceros. En efecto, el TS, en un caso particular de atribución judicial de la vivienda habitual al cónyuge no titular de la misma, califica el derecho de este sujeto a autorizar la disposición que realice su pareja del inmueble como derecho patrimonial, inscribible en el Registro de la Propiedad y oponible frente a terceros¹⁵.

14. La DGSJyFP no llega a profundizar en este aspecto del orden público del artículo 1320 CC porque desde el principio descarta la idea de que el inmueble litigioso constituya la vivienda habitual de vendedor y su esposa. Esta conclusión la sostiene en el hecho de que el inmueble es propiedad de dos mujeres solteras más, por lo que, el disfrute en su totalidad del bien por parte de los tres propietarios solo podría hacerse por períodos intermitentes, lo cual impide dotar a la vivienda del carácter de habitual para alguno de los copropietarios. El Centro Directivo lo expresa en estos términos: *“En el caso concreto de una vivienda su uso viene determinado por el destino propio de ese especial objeto y las condiciones de intimidad que la convivencia familiar lleva consigo, lo que impone consecuencias insoslayables. Excluida la posibilidad de que la cuota de un partícipe atribuya el derecho al uso total y exclusivo de la vivienda porque impediría al otro utilizarla conforme a su destino, y teniendo en cuenta que el carácter de vivienda habitual y familiar –que es lo que la ley trata de proteger–, no puede predicarse de la que ocupan simultáneamente las familias de los partícipes –porque por su propia esencia ese uso no puede realizarse por cada una de ellas sobre la vivienda en su totalidad–, no queda otra posibilidad para que los comuneros puedan usar la cosa común que la existencia de un pacto entre ellos, que en el caso sometido a debate no se demuestra que exista, pero que si hubiese existido no podría ir más allá de permitir el uso en períodos discontinuos, lo que pone de relieve -por la pluralidad de viviendas que debería tener a disposición cada uno de los comuneros- que ninguna de ellas tendría el carácter de singular que exige la habitualidad”* (FD)¹⁶. En otra resolución se afirma que *“Además, debe subrayarse en el presente expediente que al deudor le pertenece no toda la vivienda sino sólo una tercera parte indivisa que fue adquirida por herencia. Es doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 10 de noviembre de 1987 y 27 de junio de 1994) que debe excluirse la posibilidad de que la cuota de un partícipe atribuya el derecho al uso total y exclusivo de la vivienda porque impediría a los otros utilizarla conforme a su destino. Se afirma además que el carácter de vivienda habitual y familiar –que es lo que la Ley y en concreto el artículo 1320 del Código Civil trata de proteger– no puede predicarse de la que ocupan simultáneamente las familias de los tres partícipes porque por su propia esencia ese uso no puede realizarse por cada una de ellas sobre la vivienda en su totalidad, con menor motivo podrá exigirse para un embargo la notificación al cónyuge del titular de una tercera parte indivisa que ni siquiera lo es en comunidad con su consorte”* (RDGRN de 23 julio 2011, RJ\2011\6412, FD Quinto)¹⁷.

La DGSJyFP, sin embargo, en una Resolución de 29 de octubre de 2020, se muestra flexible a la hora de determinar si una vivienda puede considerarse residencia habitual¹⁸. Efectivamente, el Centro Directivo indica que *habitual* no es equivalente a *permanente* pero sí a *alto grado de continuación temporal*.

¹⁵ STS de 6 marzo 2015, RJ\2015\1104, FD Cuarto; STS de 14 enero 2010, RJ\2010\2323, FD Tercero; STS de 8 octubre 2010, RJ\2010\7445, FD Cuarto; RDGRN de 10 de octubre de 2008. En este caso, el titular del derecho de uso de la vivienda era el titular del inmueble, por lo que no era necesaria la inscripción de la limitación a la disposición del bien. Esta Resolución también recuerda que los hijos son beneficiarios del derecho de uso de la vivienda pero no titulares del mismo. En este mismo sentido, RDGRN de 14 de mayo de 2009, RJ\2009\3006, FD Cuarto.

¹⁶ *Vid.*, en el mismo sentido y en relación a una pareja de hecho conforme a la Ley 5/2012, 15 de octubre, sobre uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, la RDGRN de 18 noviembre 2015, RJ\2015\613, FD 2.

¹⁷ *Vid.*, también, RDGRN de 27 junio 1994, RJ\1994\4921, FD Primero

¹⁸ RDGSJyFP de 29 octubre 2020, RJ\2020\5468, FD 6.

Destaca, también, que el hecho de que la legislación no defina el concepto de residencia habitual puede generar problemas en estos asuntos relativos a la aplicación del artículo 1320 CC. La Dirección General establece que se ha de analizar el caso concreto porque hay familias, por ejemplo, que tienen diferentes residencias alternativas a lo largo del año. Aplicado a nuestro caso, lo anterior no sería incompatible con el hecho de que los diferentes comuneros disfruten de la propiedad común de manera alternativa y por períodos más o menos largos. Ahora bien, una cosa es que la familia pueda tener varias residencias y otra es que el mismo inmueble sea disfrutado, por períodos de tiempo intermitentes, por diferentes familias y constituya vivienda familiar, al menos, para una de ellas. Estamos de acuerdo, por tanto, con la afirmación del notario y de la DGSJyFP acerca de que no parece razonable pensar que el bien litigioso sea la residencia habitual de uno de los vendedores y su cónyuge. En esta Resolución de la Dirección General de 29 de octubre de 2020 se aporta un concepto de residencia habitual cuando se indica que lo será “*el objeto del domicilio conyugal, entendiendo como tal el centro de las relaciones familiares y sociales del matrimonio, con especial atención al lugar donde residen habitualmente los hijos menores, si los hay*”.

15. Descartado el presupuesto de la aplicación del artículo 1320 CC, cual es, que el inmueble sobre el que dispone el cónyuge titular sea la vivienda habitual de la pareja, la Dirección General hubiera podido poner fin a la Resolución indicando que, al no ser la vivienda habitual de los cónyuges, el artículo 1320 CC no sería aplicable al caso y, en consecuencia, la venta que realiza el esposo cotitular del inmueble no requiere del consentimiento de su cónyuge. Sin embargo, el órgano directivo va más allá y aporta otros argumentos en este sentido.

La DGSJyFP menciona otras resoluciones emitidas por este órgano en las que se hace prevalecer el derecho a la división de la cosa común, como cuestión de orden público, eliminando los condicionamientos que pudieran limitar la extinción de la comunidad, entre otros, el consentimiento de los cónyuges de los titulares¹⁹; todo ello, considerando que el inmueble no es la vivienda habitual de un matrimonio.

IV. Conclusiones

Primera. Se trata de un Resolución muy sencilla en la que, sin haber dudas respecto a que el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial es el británico, que dicho ordenamiento no impone ninguna limitación respecto al uso y administración de los bienes privativos al cónyuge titular de los mismos y asumiendo que el inmueble objeto de venta no es la vivienda habitual de uno de los tres vendedores, la solución al caso es inmediata en el sentido de que la disposición que hace el sujeto no requiere del consentimiento de su cónyuge por no ser el inmueble la vivienda habitual de la pareja.

Segunda. Es doctrina reiterada del Centro Directivo que, cuando la vivienda es propiedad de diferentes familias, no puede tener el carácter de singular que se exige a la habitualidad para ninguna de ellas. Esto es lo que ocurre en el caso, el inmueble es propiedad de tres sujetos por lo que, incluso se repartieran el uso y disfrute del mismo en su totalidad por períodos intermitentes de tiempo, no podría constituir la vivienda habitual de ninguno de ellos.

Tercera. Considerando que el inmueble objeto de la venta no es la vivienda habitual del vendedor casado, no se puede aplicar el artículo 1320 CC y exigir el consentimiento de la esposa a la venta. Del mismo modo que tampoco sería necesario determinar si el precepto mencionado forma parte del orden público internacional español y debiera ser aplicado, por tanto, en el caso.

No obstante, en la Resolución comentada, la Dirección General entiende que la aplicación del artículo 1320 CC puede basarse en razones de orden público. Así lo consideramos nosotros también y, sin ninguna duda, en la actualidad, teniendo en cuenta el Reglamento 2016/1103 y su Considerando 53 en relación con el artículo 30.

¹⁹ *Vid.*, también, entre otras, RDGRN de 27 junio 1994, RJ\1994\4921, FD Tercero; RDGRN de 18 noviembre 2015, RJ\2015\613, FD 2; RDGSJyFP de 29 octubre 2020, RJ\2020\5468, FD 7; RDGRN de 27 junio 1994, RJ\1994\4921, FD Segundo.

Cuarta. Por último, la Dirección General es flexible a la hora de imponer formalidades que obstaculicen el derecho de los comuneros a la división de la cosa común, derecho que forma parte del orden público del ordenamiento español. Por esta razón, como nadie debe permanecer en la indivisión si no es su voluntad, la extinción de la comunidad no puede condicionarse al consentimiento de los cónyuges de los otros titulares ni a una autorización judicial supletoria.